



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drifts- og veivedlikeholdstjenester langs fylkesveier i Innlandet. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 12. april 2021 i sak 2020/853

Klager: Åge Haverstad AS

Innklaget: Innlandet fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik.

Bakgrunn:

(1) Innlandet fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 11. mars 2020 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drifts- og veivedlikeholdstjenester av fylkesveier med tilhørende sideveier i kommunene Ringsaker, Lillehammer, Nordre Land, Øyer, Ringebru, Sør-Fron og Gausdal. Anskaffelsens verdi var estimert til 227 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var angitt til 23. april 2020. Oppdraget gjaldt totalt 492 km vei.

(2) Et av kvalifikasjonskravene som var stilt til leverandørene, gjaldt «*Relevant erfaring*»:

«Leverandøren skal ha tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad fra følgende arbeider:

1: Hovedfagområdene oppdraget omfatter: drift og vedlikehold av veger

2: Følgende deloppgaver av vesentlig betydning for kontraktarbeidet:

- *vinterdrift*
- *renhold av trafikkarealer/trafikkobjekter*
- *arbeidsvarsling og trafikkavvikling*».

(3) Som dokumentasjon var det stilt krav om at leverandørene skulle levere en «*liste på inntil 5 og ikke mindre enn 3 kontrakter som leverandøren har gjennomført eller gjennomfører i løpet av de siste fem årene regnet fra tilbudsfristen*». For hver av kontraktene skulle nærmere angitte opplysninger gis, deriblant beskrivelser av arbeidene, relevans, samt hvilke arbeider som var utført av leverandøren selv og hva som var utført av eventuelle underleverandører.

- (4) I konkurransegrunnlaget var det et eget punkt om nyetablerte leverandører («Særlig om nyetablerte leverandører»), hvor det var angitt følgende:

«En leverandør som er nyetablert og som ikke kan framlegge all dokumentasjon som [er] påkrevet [i henhold til konkurransegrunnlaget], må være særlig nøye med å dokumentere og sannsynliggjøre at han likevel har forutsetninger for å gjennomføre kontrakten.

Det er særlig viktig at slike leverandører kan dokumentere en tilstrekkelig stor arbeidsstyrke for gjennomføring av kontrakten, herunder faglig og teknisk kompetanse. For nyetablerte leverandører presiseres det at det er leverandørens evne som sådan til å gjennomføre kontrakten som vurderes, ikke enkeltpersoners kompetanse isolert sett.

Dersom en nyetablert leverandør har erfaring fra kontrakter, skal de mest relevante kontraktene som leverandøren måtte ha erfaring fra, fylles ut i henhold til dokumentasjonskravet i [konkurransegrunnlaget]. Dette selv om kontraktene er av en slik art at de ikke oppfyller de nærmere angitte kravene.

Manglende eller utilstrekkelig dokumentasjon på ett eller flere kriterier kan medføre at leverandøren blir avvist. Mangelfull eller uriktig utfylt svarskjema vil også kunne medføre avvisning, jf. § 24-1 (2) bokstav b).»

- (5) Tildeling av kontrakt ville skje på grunnlag av «lavest pris, opsjoner ikke medregnet».
- (6) Seks leverandører leverte tilbud innen fristen, herunder Hafjell Maskin AS og Åge Haverstad AS (heretter *klager*). Hafjell Maskin AS hadde levert tilbud med en totalpris på 188 773 000 kroner ekskl. mva, og hadde med det den laveste tilbudsprisen. Klagers tilbud hadde nest lavest pris med en totalpris på 188 838 500 kroner ekskl. mva.
- (7) Ved brev datert 19. mai 2020, ble Hafjell Maskin AS avvist fra konkurransen, på grunn av manglende dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om relevant erfaring.
- (8) Avvisningsbeslutningen ble påklaget 22. mai 2020. Innklagede besvarte klagen 5. juni 2020, hvor det ble opplyst at klagen ble tatt til følge. Som begrunnelse for dette var det angitt følgende:

«Vi ser at vi i [kvalifikasjonsvurderingen] mangler en vurdering av om Hafjell Maskin AS på tross av at de ikke har dokumentert tilstrekkelig erfaring, har dokumentert og sannsynliggjort at de likevel har forutsetninger for å gjennomføre kontrakten, slik konkurransegrunnlaget legger opp til [...]. Vi er enige i at dette er en feil. Når konkurransegrunnlaget legger opp til en slik vurdering, og dette ikke er gjort, er dette i strid med forutberegneligheten.»

- (9) Ved brev datert 5. juni 2020 ble leverandørene informert om at kontrakten var tildelt Hafjell Maskin AS (heretter *valgte leverandør*).
- (10) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 19. juni 2020.
- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. november 2020.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. april 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Det forelå en plikt til å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Innklagede har derfor brutt regelverket ved å omgjøre avvisningsbeslutningen. Punktet i konkurransegrunnlaget som gjelder alternativer for hvordan nyetablerte leverandører kan anses for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskrav i konkurransen, kan ikke gjelde for valgte leverandør.
- (14) Innklagede kan uansett ikke vektlegge dokumentasjonen som først ble fremlagt i valgte leverandørs klage på avvisningsbeslutningen, ettersom denne ble gitt etter fastsatte frister var utløpt.
- (15) Klagenemnda bes om å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse, er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Det bestrides at regelverket er brutt. Det foreligger en adgang til å omgjøre en avvisningsbeslutning som er gjort i strid med regelverket, jf. § 25-1 (4). I dette tilfellet forelå det dessuten en plikt til å omgjøre avvisningsbeslutningen. Forutberegnelighets- og likebehandlingshensyn tilsier at nivået som kreves av relevant erfaring, ikke kan være strengere for leverandører som ikke er nyetablerte. Etter å ha foretatt en tilsvarende vurdering av valgte leverandørs dokumenterte erfaring, slik som bestemmelsen i konkurransegrunnlaget om nyetablerte leverandører direkte gjelder for, er det klart at avvisningsbeslutningen av valgte leverandør var uriktig.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder veivedlikehold av fylkesveier med sideveier, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 227 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandør

- (18) Klager anfører at valgte leverandør ble rettmessig avvist fra konkurransen, og at innklagede dermed har brutt regelverket ved å omgjøre avvisningsbeslutningen.
- (19) Slik klagenemnda forstår dette, er spørsmålet om innklagede har brutt regelverket ved likevel ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (20) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (21) Den skjønnsmessige vurderingen av om en konkret leverandør har de nødvendige kvalifikasjonene for å delta i konkurransen, kan bare i begrenset grad overprøves av klagenemnda. Hvordan kvalifikasjonskravet skal forstås, altså hvilke rettslige rammer konkurransegrunnlaget setter for innklagedes skjønnsutøvelse, er imidlertid et spørsmål som klagenemnda kan prøve fullt ut. Ved fastsettelsen av innholdet i kravet skal det tas

utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå det. Det nærmere innholdet av kvalifikasjonskravet må fastlegges på bakgrunn av det tilhørende dokumentasjonskravet. Det vil videre kunne være nødvendig å se hen til hva kontrakten konkret går ut på, herunder hvilke krav innklagede har stilt til ytelsen. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/257, avsnitt 26 med videre henvisninger.

- (22) Kvalifikasjonskravene fremgikk av konkurransegrunnlaget kapittel B2. Klagen gjelder de tekniske og faglige kvalifikasjonene. Disse kvalifikasjonskravene sto nærmere bestemt i kapittel B2-2.4. I punkt B2-2.4.1 ble det angitt at leverandørene måtte ha *«tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad»*. Det var presisert at leverandøren måtte ha erfaring fra de hovedfagområdene som oppdraget omfattet, det vil si; drift og vedlikehold av veger, samt noen nærmere angitte deloppgaver av vesentlig betydning for kontraktarbeidet.
- (23) Av punkt B2-5, som gjaldt nyetablerte leverandører, gikk det samtidig frem at en slik leverandør kunne *«dokumentere og sannsynliggjøre at han likevel har forutsetninger for å gjennomføre kontrakten»*. Det var presisert at det var viktig at slike leverandører kunne dokumentere *«en tilstrekkelig stor arbeidsstyrke for gjennomføring av kontrakten, herunder faglig og teknisk kompetanse»*.
- (24) Slik klagenemnda forstår dette, måtte dermed en leverandør, for å bli vurdert som kvalifisert til å delta i konkurransen, enten ha tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad, eller på annen måte dokumentere tilstrekkelig gjennomføringsevne. For etablerte leverandører med relevant erfaring, ville det enkleste være å dokumentere denne erfaringen. I mangel av slik erfaring måtte imidlertid alle leverandørene, både de veletablerte og de nyetablerte, kunne kvalifisere seg ved å sannsynliggjøre at man likevel hadde de nødvendige forutsetningene for å gjennomføre kontrakten. Noe annet ville etter nemndas oppfatning være i strid med prinsippet om likebehandling i loven § 4.
- (25) Klagenemnda bemerker at plikten til å avvise en leverandør oppstår ved manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav. Oppdragsgiver har ikke plikt til å avvise en leverandør ved manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravene, såfremt det fremgår av den fremlagte dokumentasjonen at kvalifikasjonskravene er oppfylt, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2015/26 avsnitt 35.
- (26) Det er enighet om at valgte leverandør ikke hadde *«tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad»*. Spørsmålet er om selskapet kunne *«dokumentere og sannsynliggjøre at han likevel har forutsetninger for å gjennomføre kontrakten»*.
- (27) Innklagede har forklart at valgte leverandør har solid erfaring med prosjekter som gjelder infrastruktur, og flere års erfaring med driftsoppgaver langs private vegnett, da særlig vinterdrift, inkludert vinterdrift på kommunale veger i Øyer. Vedlagt valgte leverandørs tilbud fulgte en utdyping av ulike referanseprosjekter, med kart, situasjonsplaner og tegninger. Vedlagt fulgte videre avtalen med Øyer kommune om vinterdrift, to arbeidsvarslingsplaner fra 2013, referat fra evalueringsmøte fra prosjekt 2013, organisasjonsplan, CV-er og kompetansebevis for ledelsen, samt bekreftelse på kurs i arbeider på veg, bekreftelse på kurs i arbeidsvarsling, avtaler for utbygging i Hafjell, rammeavtale med Øyer kommune for maskinentreprenørtjenester fra år 2008-2013 og tillatelser til tiltak for løypestrasé og VA-anlegg mm. fra Øyer kommune, samt kontrakt for totalunderentreprise for fritidsboligprosjekt.

- (28) Prosjektene som er oppgitt i tillegg til referanseprosjektene, er ifølge innklagede av varierende relevans for gjennomføring av drift- og vedlikeholdsoppgaver. Slik innklagede har vurdert det, viser de imidlertid at valgte leverandør har erfaring med å håndtere og administrere flere ulike typer anleggsprosjekter, deriblant prosjekter med en viss kompleksitet.
- (29) Innklagede har videre vist til at valgte leverandør har hatt en gjennomsnittlig årlig omsetning på nesten 90 MNOK de siste årene, og at selskapet har erfaring med større utbyggings- og infrastrukturprosjekter. Valgte leverandør har oppgitt at alle arbeidene er gjort i egenregi. Det er i hovedsak bare kjøp av materiell og utstyr som er gjort gjennom underleverandører. Leverandøren har videre oppgitt at store deler av mannskapet vinterstid kan brukes i driftskontrakten. Det er vedlagt CV-er for tre nøkkelpersoner, og av CV-ene fremgår det at alle disse har lang erfaring fra maskinkjøring og anleggsdrift, inkludert noe langs/på vei.
- (30) Innklagede så det samlet sett slik at valgte leverandør hadde ha en tilstrekkelig stor arbeidsstyrke til å kunne håndtere denne kontrakten. Etter en totalvurdering av den erfaringen valgte leverandør har med drift- og vedlikeholdsprosjekter, sammenholdt med arbeidsstyrken, nøkkelpersoners kompetanse og erfaring, og øvrig erfaring med håndtering og administrering av anleggsarbeid av en viss størrelse og kompleksitet, kom innklagede til at valgte leverandør hadde sannsynliggjort å ha de nødvendige forutsetningene for å gjennomføre kontrakten. Den dokumentasjonen som valgte leverandør ettersendte i forbindelse med klagen over den opprinnelige beslutningen om å avvise selskapet fra konkurransen, ble ikke hensyntatt ved denne vurderingen.
- (31) Klagers anførsler gir ikke klagenemnda grunnlag for å konstatere at innklagede med dette har gått utenfor de rettslige rammene for det innkjøpsfaglige skjønnnet.
- (32) Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist har etter dette ikke ført frem.

Konklusjon:

Innlandet fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk